

# O controle da constitucionalidade das políticas públicas\*

ARNOLDO WALD\*\*

## I. INTRODUÇÃO

1. A importância crescente dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal nas matérias mais variadas, fez com que a Corte Suprema deixasse de ser "esse outro desconhecido" ao qual se referia Aliomar Baleeiro, há cerca de quarenta anos<sup>1</sup>, para, ao contrário, resolver os problemas mais agudos que preocupam toda a população. Adotando a terminologia de um eminente magistrado norte-americano, podemos até afirmar que o STF se tornou não só o defensor, mas também o criador construtivo da liberdade<sup>2</sup>, que abrange inclusive o desenvolvimento<sup>3</sup>.

2. Assim, por exemplo, entre muitos outros casos, o julgamento do Supremo Tribunal Federal referente às pesquisas com células-troncos embrionárias, que ensejou votos brilhantes e exaustivos acompanhados, com entusiasmo, pela sociedade civil, revelou a inadiável necessidade das políticas públicas serem submetidas, o mais rapidamente possível, ao crivo da Corte Suprema quanto aos seus aspectos constitucionais. Trata-se de uma medida de caráter prático e lógico. No século XXI, não há como esperar, por muito tempo, em um clima de incerteza, soluções que têm grande repercussão social e econômica para o desenvolvimento do País.

3. Vivemos na era da velocidade, sob "a ditadura da urgência"<sup>4</sup>. Por outro lado, não se pode discutir, em cada comarca, a constitucionalidade de uma política que, sendo nacional, deve ser aplicada em todo o território nacional. Seria inconcebível imaginar que a Lei da Biossegurança fosse examinada em casos concretos, em centenas de sentenças, com decisões divergentes para cada interessado. Poderíamos ter um verdadeiro caos jurisprudencial em uma matéria de tamanha importância, com repercussões negativas para o progresso

científico, deixando-se de salvar numerosas vidas humanas, atrasando o nível de desenvolvimento do País e a qualidade de vida do cidadão.

4. Em outras matérias, após verdadeiras batalhas judiciárias, que ocorreram, por exemplo, em virtude de algumas das privatizações, o STJ admitiu que todos os processos referentes à mesma matéria deveriam ser julgados por um mesmo e único juiz, sendo, em tese, o que apreciou a questão em primeiro lugar. Mas essa solução não é a mais adequada, pois permite que uma política pública nacional seja decidida por um juiz de primeira instância, com jurisdição limitada à sua comarca, produzindo desde logo determinados efeitos para todo o País, embora possa vir a ser posteriormente suspensa ou reformada por tribunal superior com decisão final pelo STF.

5. Para evitar divergências das decisões em relação a casos idênticos, as recentes leis processuais já admitem que, havendo numerosos recursos em matéria constitucional, um caso líder de repercussão geral seja escolhido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), para ser julgado prioritariamente, determinando-se a sustação dos demais processos até o julgamento do primeiro recurso que a Corte vai apreciar.

6. Mas todas essas soluções pressupõem um longo tempo de duração dos litígios até que o processo chegue ao Supremo Tribunal Federal. Em dois casos recentes de Arguição Direta de Inconstitucionalidade (ADIs), o Supremo Tribunal Federal decidiu que eram inconstitucionais as leis estaduais em favor dos consumidores, que pretendiam estabelecer, ou até complementar, políticas públicas federais. Foi o que aconteceu em relação à lei do Estado de São Paulo proibindo a utilização do amianto. Concluiu o Supremo Tribunal Federal que *“quando se trata de matéria que exige normas de caráter geral para todo o País, não pode estar disciplinada por leis locais de maneira diferenciada”*.

7. No passado, tentou-se encontrar uma fórmula de convivência construtiva entre o controle constitucional nos casos concretos, realizado pelo magistrado de primeira instância e sujeito aos recursos cabíveis, e o controle abstrato e geral feito, desde logo, pelo Supremo Tribunal Federal. Essa “coabitação” está, todavia, se tornando cada vez mais difícil e onerosa para o País, numa fase de adoção de novas tecnologias e de regulação mais intensa e detalhada pelas agências, que exigem rapidez e eficiência por parte da administração pública.

8. A sociedade de riscos<sup>5</sup>, na qual vivemos, não pode suportar, por mais tempo, o ônus da incerteza nas grandes questões suscitadas pelas políticas públicas, como as referentes ao PAC, à educação, à saúde, à previdência e ao regime l’egal da infraestrutura, e, no passado, aos planos econômicos e ao

FGTS, que ensejaram milhares de processo que congestionaram os tribunais por longos anos.

9. Os remédios constitucionais que já existem, a ADI, a ADC e a ADPF, permitem que a Corte Suprema possa exercer, direta e originariamente, o controle da constitucionalidade das políticas públicas, como o fez no já mencionado caso das células-tronco e outros tantos, assegurando a eficiência do sistema judiciário e a segurança jurídica, que passaram a ser verdadeiros princípios constitucionais. Assim, sempre que o processo judicial tem, como objeto, a declaração da inconstitucionalidade de uma política pública nacional, impõe-se que seja respeitada a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal que exerce o controle concentrado, não se admitindo, nesses casos, o controle difuso. Foi o que decidiu, no passado, o Supremo Tribunal Federal<sup>6</sup> e o que afirma a melhor doutrina<sup>7</sup>.

10. Não obstante o entendimento contrário de parte da doutrina<sup>8</sup> e da jurisprudência<sup>9</sup>, entendemos que cabe, assim, reservar à Corte Suprema a apreciação direta de todos os problemas constitucionais referentes às políticas públicas, assegurando a uniformidade das decisões judiciais. Permitir-se-ia, assim, o descongestionamento dos tribunais, que já está começando a ocorrer em virtude da utilização das súmulas vinculantes e da aplicação do requisito da repercussão geral, para exame dos recursos pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, agora, de complementar essas inovações construtivas com a garantia da uniformidade no exame da constitucionalidade das políticas públicas que só o Supremo Tribunal Federal pode apreciar e decidir, para que as teses que constam dos seus acórdãos sejam adotadas em todos os casos, em todo o território nacional. Dar-se-á, assim, ao nosso direito a necessária uniformidade e coerência, assegurando-se a tomada de decisões em tempo razoável pelo Poder Judiciário, como determina a Constituição e assegurando-se a segurança jurídica ao cidadão e às empresas.

11. Examinaremos, sucessivamente, três instrumentos processuais que estão sendo utilizados nos casos de controle de constitucionalidade das políticas públicas e em relação aos quais têm surgido dúvidas quanto ao tribunal competente para apreciar as situações criadas. Trataremos, pois, dos Conflitos de Atribuições, da Ação Civil Pública e da Ação de Improbidade, processos nos quais essa matéria tem sido decidida pelos tribunais.

## II - DO CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES (CA)

12. O conflito de atribuições é inovação construtiva da Constituição de 1967, mantida na EC nº 1, de 1969, e na Constituição de 1988 (art. 105, I, *g*),

decorrente da autonomia dada ao instrumento processual, que se desdobrou do antigo conflito de jurisdição ao qual já aludia o Código de Processo Civil de 1939.

**13.** Na realidade, o conflito de atribuições pode ser interno, quando ocorre entre autoridades vinculadas a um mesmo poder, ou externo, entre autoridades que integram poderes distintos. Quando o conflito interno surge na área do executivo, cabe à autoridade administrativa superior dirimí-lo. Quando ocorre no seio do Poder Judiciário, apresenta-se sob a forma de conflito de competência, a ser resolvido de acordo com as normas constantes da Constituição, da legislação ordinária e dos regimentos dos tribunais. A dificuldade maior surge no caso de conflito entre autoridades dos dois poderes, Executivo e Judiciário, quando ambas praticam atos administrativos, atos judiciais, ou quase judiciais.

**14.** A raridade das hipóteses de conflitos no passado fez com que o Supremo Tribunal Federal, antes da Constituição de 1967, firmasse o entendimento de acordo com o qual: "Não ocorre conflito de atribuições entre autoridades administrativas e magistrados, quando estes não funcionem como tais".<sup>10</sup>

**15.** Assim, durante longo tempo, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, quando os atos do Poder Judiciário eram de caráter administrativo, não cabia o conflito de atribuições. Consequentemente, o mesmo só se conceberia quando houvesse atos judiciais ou quase judiciais praticados pela autoridade administrativa em conflito com as decisões judiciais.

**16.** Até a consagração constitucional do conflito de atribuições, manteve-se a dúvida quanto à competência do Supremo Tribunal Federal e do Judiciário em geral, para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias, pois, a posição contrária foi defendida em numerosos acórdãos, com base na tese de ser a competência da Suprema Corte definida constitucionalmente e só se referir aos conflitos entre juízes.<sup>11</sup>

**17.** Assim, também a doutrina entendeu, até 1967, que o antigo conflito de jurisdição, sendo o instrumento de solução no caso de divergência de competência para dirimir conflitos no plano judicial, entre o Judiciário e o Executivo, os conflitos administrativos e outros entre os Poderes deveriam ser resolvidos utilizando-se a Declaração de Inconstitucionalidade, o Mandado de Segurança e a Ação Popular.<sup>12</sup>

**18.** Com a consagração constitucional do conflito de atribuições, pela Constituição de 1967, dando competência para a sua solução, inicialmente, ao Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, a partir de 1988, ao Superior Tribunal de Justiça, coube ao Poder Judiciário dar nova dimensão a essa nova

técnica processual, embora, durante longo tempo, a jurisprudência se mantivesse impregnada das concepções anteriormente dominantes, somente vislumbrando o conflito nos casos de decisões judiciais ou parajudiciais.

19. Mais recentemente, o Excelso Pretório tem julgado conflitos entre órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário.

20. Evidencia-se, assim, o rumo da evolução sofrida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em virtude da qual o conflito de atribuições passou a prescindir da ocorrência de decisões judiciais ou semelhantes (parajudiciais) divergentes umas das outras e oriundas, cada uma, dos órgãos de um dos dois poderes. Assim, podemos dizer que se considerou caracterizado o conflito de atribuições desde que duas autoridades (uma delas sendo administrativa e a outra judiciária) se atribuíssem poderes concomitantemente para regular ou fiscalizar determinadas matérias, abrangendo desde a fiscalização de menores (Conflito de Atribuições nº 6)<sup>13</sup>, até o processamento de contravenções referentes à fauna silvestre e às florestas (Conflito de Atribuições nº 11-3)<sup>14</sup>, passando pelas soluções de conflitos de interesses da economia açucareira (Conflito de Atribuições nº 22-9)<sup>15</sup> e pelos conflitos em relação ao Poder Regulamentar do Banco Central (Conflito de Atribuições nº 35)<sup>16</sup>.

21. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal veio a exercer na matéria a função que é desempenhada pelo chamado Tribunal de Conflitos<sup>17</sup>, nos países em que existe o contencioso administrativo ao lado do Poder Judiciário.

22. Ocorre, todavia, que a Constituição de 1988 decidiu atribuir, no seu art. 105, I, g, ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento originário dos:

*“conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciais da União, ou entre autoridades judiciais de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União”.*

23. Parece-nos, sempre, que os conflitos entre autoridades administrativas e judiciais da União Federal ou entre autoridades administrativas federais e a Justiça Estadual constituem problemas constitucionais, em relação aos quais, em tese, a competência deveria ser do Supremo Tribunal Federal.

24. Acontece, todavia, que, definindo a função do Supremo Tribunal Federal, a Constituição vigente (de 1988), não mais lhe atribuiu poderes para dirimir os conflitos de atribuições, mas tão-somente os de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer outros tribunais ou entre Tribunais Superiores, ou ainda entre estes e qualquer outro tribunal (art. 102, I, o).

25. Parece-nos haver, no caso, certa incongruência, pois acabou o Supremo Tribunal Federal, tendo a função de dirimir os conflitos internos – dentro do Poder Judiciário – enquanto o conflito externo entre Poderes, embora de

natureza constitucional, ficava para ser resolvido pelo Superior Tribunal da Justiça.

**26.** Em consequência, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na matéria merece uma maior análise em profundidade.

**27.** Acontece que as divergências entre o Executivo e o Judiciário no tocante às disposições sobre política monetária ensejaram o Conflito de Atribuições nº 20-RS (do STJ) suscitado pelo Banco Central do Brasil, em matéria de bloqueio de recursos pelo Plano Collor, que foram liberados em virtude de sentença proferida em ação civil pública por Juiz de 1ª Instância da Justiça gaúcha. O mencionado processo, inspirado na decisão do Supremo Tribunal Federal no caso do Conflito de Atribuições nº 35, mereceu a concessão de medida liminar, no Superior Tribunal de Justiça, em 19.09.1991, tendo havido posterior desistência do feito em fevereiro de 1993.

**28.** Por outro lado, no caso de Conflito de Atribuições entre o Tribunal de Contas e os Tribunais do Trabalho, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a matéria é de competência do Supremo Tribunal Federal, como se verifica pelos julgamentos proferidos nos Conflitos de Atribuições nº 11<sup>18</sup> e 13, este último julgado em 13.11.1990 e cuja ementa é a seguinte:

*“Conflito de atribuições. Tribunal de Contas da União e Tribunal Regional de Trabalho. Competência do Supremo Tribunal Federal para dirimir o conflito”.*<sup>19</sup>

**29.** Restabeleceu, assim, por via jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, a competência que deveria pertencer ao Supremo Tribunal Federal no tocante ao julgamento dos conflitos de atribuições em determinados casos, de natureza constitucional, referentes às políticas públicas, mediante oportuna e construtiva interpretação do texto constitucional.

**30.** Cabe, aliás, lembrar que, até o fim de 2010, foram autuados, no STJ, 241 Conflitos de Atribuições, dos quais 16 foram remetidos ao STF por se entender que eram da sua competência.

**31.** Os conflitos de atribuições perderam um pouco de sua importância constitucional, a partir de 1988, com a nova legislação sobre as ADIs, ADCs e ADPFs, mas as duas decisões (liminar e de mérito) proferidas no CA nº 35 constituem um importante precedente em relação à necessidade de controle, pelo Poder Judiciário, das aplicações do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11.9.1990). Efetivamente, no mencionado caso, o conflito instaurado entre o Executivo e o Judiciário decorreu da decisão judicial, que modificou a política monetária governamental para proteger o usuário de recursos bancários e que foi considerada, pelo STF, como tendo usurpado a competência do Poder Executivo.

32. Por outro lado, tendo se firmado, no Superior Tribunal de Justiça, a tese de descabimento do conflito de atribuições entre entidade administrativa e autoridade judiciária, quando estiver esta no exercício pleno de sua função jurisdicional, conforme decisões majoritárias da 2ª Seção,<sup>20</sup> resta saber a quem caberá apreciar o conflito entre poderes quando, no exercício da função jurisdicional, um juiz ou Tribunal estabelecer ou aplicar normas conflitantes com as regras baixadas pelo Poder Executivo, ou suas Agências dentro dos limites de sua competência, como aconteceu no caso do Conflito de Atribuições nº 35 acima referido (STF).

Ou seja, como se resolverão os casos de eventual usurpação da competência de um dos poderes pelo outro.

### III. DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP)

33. Com a introdução, no direito brasileiro, da ação civil pública, com um amplo leque de utilização e uma extraordinária densidade nos seus efeitos, pelo fato de se impor *erga omnes*, o conflito de atribuições deixou de ser uma hipótese meramente acadêmica, ou até um caso excêntrico ou exótico, como pretendia o Min. Orozimbo Nonato<sup>21</sup>. Efetivamente, como vimos, o conflito de atribuições se tornou, atualmente, um instrumento importante do sistema de freios e contrapesos que assegura o funcionamento harmônico entre os poderes independentes que é constitucionalmente garantido (art. 2º da CF).

34. É, pois, necessário encontrar um justo equilíbrio entre a salvaguarda dos direitos individuais e a necessidade de bom funcionamento da máquina estatal, com a caracterização adequada das funções de cada um dos poderes. É da maior importância que se definam de modo claro e insofismável os instrumentos pelos quais ao Poder Judiciário, pelos seus órgãos máximos, que são o STF e o STJ, caberá dirimir os conflitos de atribuições entre a Administração e os Tribunais, em matérias nas quais estão surgindo aparentes superposições de competência em virtude do poder normativo exercido, eventualmente, pelos magistrados, em particular nas ações civis públicas.<sup>22</sup>

35. Parecia tratar-se de uma área cinzenta, na qual o plenário do STF inicialmente se dividiu, mas finalmente a jurisprudência se pacificou no sentido de reconhecer a necessidade de fazer prevalecer a política governamental constante de lei ou de normas da agência reguladora sobre as medidas judiciais e as leis locais de proteção ao consumidor, especialmente quando não se contesta a constitucionalidade da legislação federal.

36. Um dos processos em que a matéria foi discutida recentemente pelo STF, embora se tratasse de inconstitucionalidade de lei local, foi a ADIn nº

3.322, tanto no acórdão da medida cautelar, como na decisão de mérito. Tratava-se de normas locais, embora legislativas (e não de decisões judiciais) que, invocando o Código do Consumidor e a competência subsidiária dos Estados na matéria, pretendiam criar obrigações para o concessionário que não constavam nem da lei federal, nem da regulação, violando assim a política pública da União. Mas a tese também se aplicaria se a regulamentação local decorresse de decisão judicial em ação civil pública.

37. Na medida cautelar, concedida pelo Supremo Tribunal Federal por maioria, em 2.8.2006, foi salientado pelo relator Ministro Cezar Peluso na ementa do acórdão que:

*“Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei Distrital nº 3.426/2004. Serviço público. Telecomunicações. Telefonia fixa. Concessão. Concessionárias. Obrigação de discriminar informações na fatura de cobrança. Definição de ligação local. Disposições sobre ônus da prova, termo de adequação e multa. Inadmissibilidade. Aparência de invasão de competência legislativa exclusiva da União. Ofensa aos arts. 21, XI, 22, IV, e 175, parágrafo único, incs. I, II e III, da CF. Liminar concedida.”*<sup>23</sup>

38. Após ter citado precedente do qual foi relator o Ministro Nelson Jobim (ADI nº 2.615) o relator esclareceu que:

*“(…) Neste caso, o que está em jogo, primeiro lugar – como já o afirmei no meu voto, que foi muito sucinto —, é confrontar os limites da competência da União e da competência concorrente do Estado, porque se trata de matéria que exige normas de caráter geral para todo o país, pois seu objeto é serviço prestado de igual modo em todo o País e que não pode, portanto, estar disciplinado por leis locais de maneira diferenciada, sobretudo à vista da natureza do serviço prestado, que vai de um ponto a outro do território nacional, no sentido de ida e volta.”*<sup>24</sup>

39. Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal reiterou a mesma jurisprudência, considerando, na Reclamação nº 2.224, que a ação civil pública na qual a declaração de inconstitucionalidade é objeto do pedido, configura hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade, caracterizando-se a usurpação de competência pelo tribunal *a quo*.

40. Efetivamente, na Reclamação nº 1.503, julgada em 17.11.2011, cujo acórdão não foi publicado até o fechamento desse artigo, o Supremo Tribunal Federal tomou a seguinte decisão:

*“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento à Reclamação (RCL) 1503, ajuizada na Corte contra decisão que concedeu medida cautelar em Ação Civil Pública (ACP) que buscava a declaração de inconstitucionalidade de uma lei federal. A decisão questionada foi tomada por juiz*

federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal. Para os ministros, a declaração de inconstitucionalidade da norma era o pedido principal da ACP.

A Ação Civil Pública buscava declarar inconstitucional a Lei 9.688/98, que trata do aproveitamento de censores federais como delegados. A RCL 1503 começou a ser julgada em março de 2002, quando o relator original da ação, ministro Carlos Velloso (aposentado), votou pela improcedência do pleito, ao entender que o pedido de declaração de inconstitucionalidade era incidental ao pedido principal da ACP.

O julgamento foi retomado na sessão desta quinta-feira (17) com o voto do ministro Dias Toffoli, para quem a declaração de inconstitucionalidade postulada nos autos da ação civil pública não seria pleito incidental, e sim o pedido principal da demanda. De acordo com o ministro, a ACP não tinha outro pedido que não fosse a declaração de inconstitucionalidade da lei.

O ministro Dias Toffoli disse entender que o ajuizamento da ACP perante o juízo federal, com essa finalidade, caracterizaria usurpação da competência da Corte. Com esse argumento, o ministro votou pela procedência da Reclamação. Todos os ministros presentes à sessão acompanharam o voto do ministro Dias Toffoli.”<sup>25</sup>

41. Talvez se pudesse concluir que a ação civil pública não cabe tanto nos casos em que a inconstitucionalidade da política federal constitui o pedido principal como quando a sua declaração é premissa e condição do julgamento, pois a política pública federal, por ser matéria constitucional, deve manter a sua vigência no País inteiro, em virtude do próprio sistema federativo. E, se for inconstitucional, não pode ser aplicada em todo o território nacional.

42. É, aliás, a conclusão do Ministro Gilmar Mendes na sua obra doutrinária<sup>26</sup>.

#### IV. DA AÇÃO DE IMPROBIDADE

43. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se inclina no sentido de considerar como sendo da competência do juiz da primeira instância a ação de improbidade contra autoridades que não mais estão no exercício dos seus cargos.

44. Sem discutir o mérito da aplicação dessa jurisprudência em geral, cabe distinguir as situações nas quais o pedido condenatório invoca a inconstitucionalidade de uma política pública, como por exemplo, o PROER, a Lei de Concessões ou o PAC. Em tais hipóteses, entendemos que a decisão não pode ser do juiz de primeira instância, cabendo a competência originária ao

Supremo Tribunal Federal, por ser de aplicação nacional o diploma legislativo ou o programa político.

## V. CONCLUSÃO

45. No passado, houve Proposta de Emenda Constitucional para determinar que a constitucionalidade das políticas públicas federais deveria ser apreciada pela Corte Suprema. Entendemos, todavia, que a solução não depende de reforma constitucional, mas de interpretação construtiva da Constituição pelo Excelso Pretório, seguindo até alguns precedentes análogos.

46. Efetivamente, embora a competência do STF seja definida na Constituição de modo taxativo, obedecendo ao princípio do *numerus clausus*, ela deve ser analisada tendo em consideração a evolução da sociedade e das técnicas jurídicas.

47. É o que lembram tanto a jurisprudência norte-americana<sup>27</sup> como a brasileira<sup>28</sup>, a melhor doutrina europeia<sup>29</sup> e os julgados da nossa Suprema Corte já referidos neste artigo.

## NOTAS

\* Artigo em homenagem ao Vice-Presidente Professor Michel Temer.

\*\* Advogado, Parecerista e Professor Catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

1. Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

2. Stephen Breyer, *Active liberty*, New York: Vintage Books/Random House, 2005, p. 15.

3. Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

4. Gilles Finchelstein, *La dictature de l'urgence*, Paris: Fayard, 2011, p. 29.

5. Ulrich Beck, *Risk society*, London: Sage Publications, 1992.

6. Reclamação nº 434, Ementa: "Reclamação. Controle concentrado. Competência do Supremo Tribunal Federal. As ações em curso na 2ª, e 3ª Varas da Fazenda Pública da comarca de São Paulo — objeto da presente reclamação — não visam ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese, de competência exclusiva do Supremo Tribunal (artigo 102, I, a, da CF). Configurada a usurpação da competência do Supremo Tribunal para o controle concentrado, declara-se a nulidade *ab initio* das referidas ações, determinando seu arquivamento, por não

possuírem as autoras legitimidade ativa para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade.” Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 154/13.

7. Hely Lopes Meirelles; Arnaldo Wald; Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 726 e Gilmar Ferreira Mendes, “Ação civil pública e controle de constitucionalidade” In: Arnaldo Wald (Coord.), *Aspectos polêmicos da Ação Civil Pública*, São Paulo: Saraiva, 2003, 163. Por sua vez, Fábio Konder Comparato considera que o órgão judiciário para exercer o controle das políticas federais tem que ser “com exclusividade, aquele colocado na cúpula do sistema, em cada nível da estrutura federativa”, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, tratando-se de leis federais. (“Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas” In: Celso Antonio Bandeira de Mello (Coord.), *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, São Paulo: Malheiros, 1997, v. 2, p. 358).

8. Ada Pellegrini Grinover, “O controle jurisdicional de políticas públicas” In: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coord.), *O controle jurisdicional de políticas públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, reconhece a idoneidade não só das ações propostas na jurisdição constitucional, mas também na jurisdição ordinária para “provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas”

9. Ver os acórdãos citados por Hely Lopes Meirelles; Arnaldo Wald; Gilmar Ferreira Mendes, *op. cit.*, p. 723, que rejeitaram reclamações contra acórdãos dos tribunais locais que declararam a inconstitucionalidade de políticas públicas.

10. Ementa do Conflito de Jurisdição nº 2019, RF 156/104.

11. No julgamento do Conflito de Jurisdição nº 1.332, o Min. Oroszimbo Nonato afirmou que: “O Supremo Tribunal Federal não pode ter competência para conhecer de conflitos entre autoridades administrativas e judiciárias. A nossa competência é definida, na Constituição Federal. Ela só fala em conflito de juízes”, RF 90/104. Posteriormente, o eminente magistrado admitiu a competência do Supremo em conflitos de atribuições, que, todavia, considerou excepcionais, excêntricos e até exóticos, no Conflito de Jurisdição 1.500, RT 158/864.

12. Esta é a conclusão do Prof. Caio Tácito no verbete que dedicou à matéria no *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, organizado por J. M. de Carvalho Santos, v. XI, p. 46-49.

13. RTJ 66/613.

14. j. 20.5.1982.

15. RTJ 121/1.

16. RTJ 130/485.

17. Léon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 3.ed., Paris: E. de Boccard, 1928, v. 2, § 31, b, p. 520-522.

18. RSTJ 17/47.

19. No seu brilhante voto, proferido no CA nº 13 e acompanhado, por unanimidade, pela 1ª Seção, o Min. Hélio Mosimann, salientou que: “Reportando-se a caso idêntico, objeto do Conflito de Atribuições nº 11-SC, relator o eminente Ministro José

de Jesus, levado a julgamento nesta mesma sessão, o titular da Subprocuradoria-Geral da República, Dr. José Arnaldo da Fonseca, sugere a remessa dos autos ao Supremo Tribunal para que se digne decidir sobre o conflito. E tem razão. Inobstante a redação do art. 105, I, letra g, da Constituição Federal – compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre os deste e da União – tem prevalecido o entendimento segundo o qual cabe à nossa Corte Maior dirimir a controvérsia. (...) Assim, não se conhece do conflito, remetendo-se os autos ao Excelso Pretório, na forma como, aliás, já procedeu essa 1ª Seção ao apreciar o Conflito de Competência nº 1.088-SP (Min. Garcia Vieira, j. 8-5-90)”, RSTJ 19/128-129.

20. Conflito de Atribuições nº 3, RSTJ 7/29 e Conflito de Atribuições nº 2, RSTJ 9/61.

21. RT 158/864.

22. Arnaldo Wald, “Ação Civil Pública”, In: *Estudos de Direito Econômico*, 1º Ciclo, São Paulo: IBCB, 1993, p. 203.

23. *Interesse Público*, 41/159.

24. *Interesse Público*, 41/172.

25. Notícia publicada no sítio do STF, em 17.11.2011, “*Declaração de inconstitucionalidade não pode ser pedido principal em ação civil pública*”. A decisão da Rcl nº 1.503 foi a seguinte: “*Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Senhor Ministro Dias Toffoli, que redigirá o acórdão, julgou procedente a reclamação, contra o voto do Senhor Ministro Carlos Velloso (Relator). Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Cezar Peluso (Presidente) e Celso de Mello. Não votou o Senhor Ministro Ricardo Lewandowski por suceder ao Ministro Carlos Velloso (Relator). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 17.11.2011.*”

26. “*Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que em ação civil pública afastar a incidência de dada norma, por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade – isto é, eficácia geral e irrestrita.*”

Já o entendimento esposado pelo STF no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria uma atividade política de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse escopo. Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Ao revés, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de um interesse específico, mas exatamente de um interesse genérico amplís-

sim, de um interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.” Hely Lopes Meirelles; Arnaldo Wald; Gilmar Ferreira Mendes, *Mandado de Segurança e Ações Constitucionais*, 33.ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 721.

27. Escreve o jurista Stephen Breyer, invocando as lições do juízes Learned Hand, Aharon Barak, e Felix Frankfurter que: “(...) The judge should read constitutional language ‘as the revelation of the great purposes which were intended to be achieved by the Constitution’ itself, a ‘framework for’ and a ‘continuing instrument of government.’ The judge should recognize that the Constitution will apply to ‘new subject matter with which the framers were not familiar.’ Thus, the judge, whether applying statute or Constitution, should ‘reconstruct the past solution imaginatively in its setting and project the purposes which inspired it upon the concrete occasions which arise for their decision.’ Since law is connected to life, judges, in applying a text in light of its purpose, should look to *consequences*, including ‘contemporary conditions, social, industrial, and political, of the community to be affected.’ And since ‘the purpose of construction is the ascertainment of meaning, nothing that is logically relevant should be excluded.’” (Stephen Breyer, *Active liberty*, *op. cit.*, p. 17-18).

28. Inocência Mártires Coelho, “*Hermenêutica constitucional*”, In: Ives Gandra da Silva Martins; Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Walder do Nascimento (Coords.), *Tratado de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184 e segs.

29. Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 53.